

Bogotá, noviembre 1 de 2019

Señor(a),
Juez Penal del Circuito de Bogotá
E.S.D.

Ref: Acción de tutela por vulneración a la libertad de expresión

ACCIONANTE: Juliana Bustamante Reyes

ACCIONADOS: Centro Colombo Americano, Fundación Arteria, Ministerio de Cultura e Instituto Distrital de las Artes (Idartes).

Yo, Juliana Bustamante Reyes, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.220.434, Directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS), actuando en calidad de apoderada de LUCAS OSPINA VILLALBA, identificado con cédula de ciudadanía 79.523.501, interpongo acción de tutela para que se reconozca el derecho fundamental a la libertad de expresión de mi poderdante (**Anexo 1**), que ha sido vulnerado por el Centro Colombo Americano, la Fundación Arteria, el Ministerio de Cultura y el Instituto Distrital de las Artes (Idartes) como se detalla en los siguientes antecedentes y hechos.

TABLA DE CONTENIDO:

I.	SÍNTESIS DE LA TUTELA.....	Pág. 2
II.	HECHOS.....	Pág. 3
III.	COMPETENCIA.....	Pág. 6
IV.	LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	Pág. 7
V.	LEGITIMACIÓN PASIVA.....	Pág. 7
	1) Respeto del Centro Colombo Americano	
	2) Respeto del Ministerio de Cultura	
	3) Respeto del Instituto Distrital de Artes	
	4) Respeto de la Fundación Arteria	
VI.	PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.....	Pág. 11
	1) Procedibilidad	
	2) Subsidiariedad	
	3) Inexistencia de un hecho superado ni de un daño consumado	
VII.	FUNDAMENTOS.....	Pág. 15
	1) Marco jurídico nacional sobre libertad de expresión	
	2) Marco jurídico interamericano sobre libertad de expresión	
	3) Tensión entre la libertad de expresión y la propiedad privada	
	4) Libertad de expresión en la calle	
VIII.	DECLARACIÓN JURADA.....	Pág. 24
IX.	PRETENSIONES.....	Pág. 24
X.	ANEXOS.....	Pág. 25
XI.	NOTIFICACIONES.....	Pág. 26

I. SÍNTESIS DE LA TUTELA:

La presente acción de tutela se presenta con el objetivo de que se ampare el derecho fundamental a la libertad de expresión del artista Lucas Ospina Villalba, derecho que ha sido vulnerado de forma ininterrumpida desde el pasado 23 de septiembre del año en curso por el Centro Colombo Americano, la Fundación Arteria, el Ministerio de Cultura y el Instituto Distrital de las Artes (Idartes).

Desde el 14 de septiembre hasta el 4 de noviembre del año en curso tiene lugar en Bogotá el 45o Salón Nacional de Artistas, proyecto gestionado por el Ministerio de Cultura en conjunto con Idartes y operado por la Fundación Arteria. En su carácter de gestor del proyecto, el Ministerio de Cultura ha reconocido que, en conjunto con las demás entidades públicas participantes, provee los recursos para la realización del proyecto. Adicionalmente, ha reconocido que en relación con su calidad de gestor del Salón Nacional de Artistas está en el deber de (i) conducir su actuar para la salvaguarda y correcta realización de los fines públicos y (ii) velar por el correcto uso de los recursos públicos empleados en el desarrollo del evento. El Salón Nacional de Artistas, creado en 1940 con el objetivo de “difundir lo mejor del arte de nuestro país”¹ se ha consolidado como el programa estatal de apoyo al arte contemporáneo de mayor trayectoria en el país².

El señor Lucas Ospina fue contratado el pasado 23 de agosto por la Fundación Arteria (operadora del evento) para realizar la obra artística “Sin Título” en un muro exterior de la sede del Centro Colombo Americano en el marco del 45o Salón Nacional de Artistas. El 23 de septiembre, el Centro Colombo Americano censuró y destruyó el mural “Sin Título” con lo que incurrió en la vulneración al derecho a la libertad de expresión del artista. La desidia y el actuar omisivo por parte de la Fundación Arteria, del Ministerio de Cultura e Idartes permitieron que la vulneración continuara hasta la fecha.

Se debe enfatizar que el caso reporta un interés colectivo por tres razones. En primer lugar, la vulneración al derecho se dio en el marco de un evento cultural de extensa tradición y relevancia para el sector de las artes y la cultura y desarrolla el cumplimiento de los fines del Estado. En segundo lugar, existe una dimensión colectiva del derecho a la libertad de expresión, pues cuando se vulnera la libertad de quien se expresa se afecta también la libertad del público de recibir el contenido del mensaje que pretendía ser compartido. En tercer lugar, el Salón Nacional de Artistas es un proyecto gestionado por dos entidades públicas, que destinaron recursos públicos para su desarrollo y operación. De esta forma, la destrucción y censura de la obra por parte de un particular despierta un interés general sobre el correcto uso y aprovechamiento de los recursos públicos.

Finalmente, no se debe pasar por alto que durante el último mes se han presentado gravísimos casos de vulneración al derecho a la libertad de expresión en Bogotá y en Colombia. Por ejemplo, el 19 de octubre se conoció que miembros del Ejército Nacional censuraron un mural que había sido pintado en la calle 80 con carrera 30 y cuyo contenido denunciaba los falsos positivos en el país. Esta misma semana, el periodista Juan Pablo Barrientos enfrentó una orden que pretendía sacar de circulación y detener la reproducción y comercialización de su libro “Dejad que los niños

¹ Se hace uso de comillas en ese fragmento pues esa es precisamente la expresión empleada por la organización del 45o Salón Nacional de Artistas en su página web. Particularmente en una entrada que tiene por objeto hacer una descripción de ésta edición del evento. Para acceder a esa descripción es posible hacerlo mediante el enlace: <https://45sna.com/45sna>

² Así lo han considerado medios de comunicación especializados en el sector cultura como la Revista Arcadia. Particularmente así lo afirmaron en su artículo “Guía Arcadia al 45 Salón Nacional de Artistas” publicada el 2019/09/10 por arcadia.com

vengan a mí” en que presenta los resultados de su investigación sobre los casos de pederastia al interior de la Iglesia Católica en Colombia.

Visto en perspectiva, este caso es apenas uno de los múltiples episodios que dan cuenta de la amenaza que por estos tiempos se posa sobre la libertad de expresión, que cobra especial importancia en democracias frágiles como la colombiana. Por eso, el ejercicio de la presente acción es una oportunidad para enfatizar en la protección de los derechos fundamentales en el país y en los valores propios de una democracia viva que debe darse en el marco de un Estado Social de Derecho. Por esto, en contextos de vulneración como el presentado, la labor del juez constitucional cobra especial relevancia como herramienta de protección concreta y visible con la que cuentan los ciudadanos para la protección de sus derechos. El rol del juez adquiere un valor especialmente potente en contextos donde la limitación de derechos, la tendencia al silenciamiento y la estigmatización del disenso empiezan a volverse frecuentes en la acción gubernamental. Es así como el goce efectivo de los derechos debe hallar especial protección en el seno del poder judicial. La determinación de los jueces en el rechazo a la limitación arbitraria y por tanto vulneratoria de los derechos humanos no solo es necesaria de cara al ámbito individual, sino que es tremendamente poderosa en contextos de vulneración pues irradia un mensaje de respeto y garantía por los derechos e intereses de la sociedad en su conjunto.

II. HECHOS:

1. El 23 de agosto de 2019 el artista Lucas Ospina Villalba, celebró un contrato (**Anexo 2**) con Nelly Peñaranda Rodríguez, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.792.741, quien actuaba en calidad de representante legal de la Fundación Arteria, entidad sin ánimo de lucro con NIT 900.086.964-9.
2. El contrato se celebró con el objeto de “integrar el grupo de artistas participantes del 45o Salón Nacional de Artistas a desarrollarse en la ciudad de Bogotá del 14 de septiembre al 4 de noviembre de 2019 y autorizar la exhibición de las piezas” (**Anexo 2, pág. 1**). Además, el señor Ospina se obligó a entregar al equipo de producción a título de préstamo o comodato las piezas que serían exhibidas en el 45o Salón Nacional de Artistas³: (i) mural *in situ* realizado en colaboración con la también artista Paola Gaviria al exterior del Centro Colombo Americano y (ii) 9 piezas de la serie de tinta sobre papel de la obra “El Paseo” (**Anexo 2, pág. 1**).
3. El valor del contrato es de cinco millones de pesos (\$5'000.000) pagaderos en dos desembolsos: (i) un primer pago por dos millones de pesos (\$2'000.000) a la firma y legalización del contrato correspondientes a la comisión o compra de los derechos de exhibición y (ii) un segundo pago por tres millones de pesos (\$3'000.000) finalizada la fase de participación en el 45o Salón Nacional de Artistas (**Anexo 2, pág. 3**). Estos desembolsos son realizados por la Fundación Arteria, pero están subordinados a los que realiza el Ministerio de Cultura.
4. La Fundación Arteria había suscrito el Convenio de Asociación 2128-19 con el Ministerio de Cultura y el Instituto Distrital de las Artes (Idartes) con el objeto de “aunar recursos humanos, administrativos, financieros y de asistencia técnica para desarrollar la producción y la postproducción en el 2019 del 45 Salón Nacional de Artistas” (**Anexo 2, pág. 1**). Lo anterior reviste especial importancia toda vez que da cuenta de que la realización del 45o Salón Nacional de Artistas es un evento de interés público cuya realización contó con recursos provenientes tanto del Ministerio de Cultura de Colombia como del Idartes.

³ El 45o Salón Nacional de Artistas se concibe como un conjunto de exposiciones en distintos espacios institucionales dedicados al arte en el centro de la ciudad. Este contrato se da bajo el marco de la exposición *Arquitecturas Narrativas* donde hay piezas de distintos dibujantes de cómic y artistas que proponen una mirada crítica de las formas narrativas, los personajes y modos que configuran la cultura popular.

5. Tal y como se estipuló en el contrato (**Anexo 2, pág. 1**), los artistas Lucas Ospina Villalba y Paola Gaviria desarrollaron el mural en un muro exterior del Centro Colombo Americano que se había dispuesto para tal fin. El mural tenía varias imágenes, dentro de las cuales se resalta una del expresidente y actual senador Álvaro Uribe como un títere que pendía de una figura de Donald Trump y una del presidente Iván Duque que a su vez colgaba como un títere del senador Uribe. Además, había una imagen que decía “Yankees Go Home” y otra de una mujer disfrutando en un acto sexual (**Anexo 3**).
6. En la mañana del 23 de septiembre del año en curso, la artista Paola Gaviria (Power Paola) se encontró con un empleado del Centro Colombo Americano borrando con pintura blanca el mural del muro exterior bajo órdenes de las directivas de la institución. Esa acción constituyó la destrucción del mural y un claro acto de censura sobre la obra.
7. Debido a que parte de su obra fue tapada, censurada y destruida, el 24 de septiembre de 2019 a las 8:33 am Lucas Ospina envió un correo a Nelly Peñaranda (**Anexo 4**), representante legal de la Fundación Arteria, en el que pedía el retiro de las demás obras que él y Paola Gaviria estaban presentando en la exposición *Arquitecturas Narrativas* que se desarrolla en el marco del 45 Salón Nacional de Artistas. Dicha petición nunca fue respondida por parte de la Fundación Arteria. Hasta el día de hoy, fecha en que se radica la presente tutela, los artistas no han recibido respuesta a esa comunicación. Dentro de la lista de destinatarios de este y los demás correos se encuentra Andrés Gaitán (funcionario del Ministerio de Cultura), miembros del equipo organizador del Salón Nacional de Artistas y del Centro Colombo Americano.
8. El 24 de septiembre de 2019, la organización del 45 Salón Nacional de Artistas emitió un comunicado con relación al acto de censura del que fue objeto la obra de autoría de Lucas Ospina Villalba y Paola Gaviria.
9. En consecuencia, el artista Lucas Ospina Villalba intentó comunicarse por segunda vez con la Fundación Arteria mediante un correo electrónico que envió el 24 de septiembre a las 4:53 pm. En él, manifestó que a su consideración la Fundación Arteria y la Organización del 45 Salón Nacional de Artistas habían incumplido (con relación a los hechos antes referidos) al menos cuatro de sus obligaciones contractuales. Las contenidas en las cláusulas 3, 4.4, 4.5 y 4.6 del contrato. En consideración a ello, exigió las debidas explicaciones por el incumplimiento. Asimismo, preguntó si la Fundación Arteria y la organización del 45 Salón Nacional de Artistas contemplaban hacer uso de acciones legales en reacción al acto de censura cometido por el Centro Colombo Americano. Esa inquietud, amparada en una reflexión sobre carácter público de los recursos y apoyos que el Ministerio de Cultura e Idartes habían provisto para la realización del 45 Salón Nacional de Artistas y por consiguiente para la realización de la obra artística que fue censurada por el Centro Colombo Americano. Finalmente reiteró la exigencia de que el resto de sus obras que se encontraban en exposición en el marco del Salón Nacional de Artistas le fueran devueltas al día siguiente.
10. Ante la reiterada falta de respuesta por parte de la Fundación Arteria y del Ministerio de Cultura, Lucas Ospina Villalba les envió un tercer correo el 25 de septiembre del 2019 a las 9:48 pm. En él, pidió que se le respondieran los mensajes anteriores. En particular, sobre la inquietud de las acciones que sus interlocutores contemplaban tomar con respecto al acto de censura. Reiteró su pedido de que el resto de sus obras fueran retiradas de la exposición que tenía lugar el interior del Centro Colombo Americano y le pidió expresamente al Ministerio de Cultura y a la Fundación Arteria que no los dejaran solos en la defensa de sus derechos. Se advierte que hubo una falta de respuesta por parte del Ministerio pues Andrés Gaita, funcionario del Ministerio fue incluido por Lucas Ospina como destinatario de todos los mensajes que hasta el momento había escrito.
11. El 25 de septiembre de 2019, el Centro Colombo Americano, emitió un comunicado sobre lo sucedido. Aquí, establece que si bien tiene un convenio con la Fundación Arteria, quien

funge como operadora logística, financiera y administrativa del 45o Salón Nacional de Artistas, la coordinación para intervenir uno de sus muros no se llevó a cabo y “tampoco mediaron en ningún momento, solicitudes, autorizaciones o formalizaciones como lo requiere cualquier operación como esta”.(Anexo 7). De esta forma, aducen que la intervención de la fachada se dio sin conocimiento formal de su parte y sin autorización alguna. Según ellos, en una primera reacción procedieron a “restaurar la fachada”, a lo que se respondió con una nueva intervención no autorizada. A pesar de todo, este comunicado desconoce el contrato entre Lucas Ospina y la Fundación Arteria donde el artista se compromete explícitamente a realizar el mural “Sin Título” en el Centro Colombo Americano.

12. No fue sino hasta el sábado 28 de septiembre a las 12:56 pm que el artista Lucas Ospina obtuvo respuesta por parte de la Fundación Arteria. En el correo enviado por parte de la representante legal de esa entidad desconocen que la acción ejecutada por el Centro Colombo Americano hubiera constituido un acto de censura. Finalmente, se ofrecen para actuar como amigables componedores entre los diversos actores involucrados. Para tal fin, proponen una reunión en la que participen los artistas Lucas Ospina Villaba, Paola Gaviria, el director artístico del Salón Nacional de Artistas, Alejandro Martín y Maricela Vélez, directora Cultural del Colombo Americano. A su vez, anuncian que han convocado al Ministerio de Cultura y a Idartes para que actúen como observadores del encuentro. Proponen que la reunión se desarrolle el miércoles 2 de octubre a las 10:30 am en la sede de la Fundación Arteria.
13. El artista Lucas Ospina respondió la propuesta de la Fundación Arteria mediante un correo electrónico enviado el 30 de septiembre a la 1:33 pm. En esa respuesta, Ospina manifestó su inconformidad con la ambivalencia de la respuesta de la Fundación Arteria y reiteró que la acción desarrollada por el Centro Colombo Americano constituyó un acto de censura y destrucción sobre su obra. Expresó que acogían la voluntad de diálogo pero manifestó que la Fundación Arteria no estaba en posición de actuar como mediador entre los artistas y el Centro Colombo Americano toda vez que era también responsable de lo ocurrido y había incurrido en cuatro causales de incumplimiento contractual en el marco del acto de censura ejercido por el Centro Colombo Americano. Finalmente, manifestó que seguía en abierta comunicación para establecer las condiciones de la reunión.
14. El 3 de octubre a las 11:59 pm la Fundación Arteria responde al mensaje anterior enviado por el artista. Se abstuvieron de valorar el acto del Centro Colombo Americano como un acto de censura y se limitaron a reiterar que la obra únicamente había sido “pintada”. Explicaron que lo hacían como una invitación al diálogo entre las partes, señalando someramente las razones por las cuales no consideraban haber incumplido las cláusulas 4.4, 4.5 y 4.6 del contrato. Finalmente, informaron que el Ministerio de Cultura e Idartes no habían respondido a la invitación a participar como observadores en la reunión y que en cambio Alejandro Martín, director artístico del Salón y Marisela Vélez, directora Cultural del Centro Colombo Americano aceptaron realizar y participar en la reunión. En consecuencia, la Fundación propuso tres fechas optativas para realizar la reunión.
15. El viernes 4 de octubre a las 7:59 pm Lucas Ospina respondió el mensaje aceptando la fecha del 8 de octubre a las 4:30 pm como fecha para realizar el encuentro en la sede de la Fundación Arteria. A pesar de aceptar, manifestó que las explicaciones dadas por la Fundación sobre lo ocurrido no eran satisfactorias e hizo notar que no se dio justificación al alegado incumplimiento de la cláusula 3 del contrato por parte de la Fundación (Anexo 4).
16. El 7 de octubre a las 10:54 am Paola Gaviria confirmó su asistencia al encuentro. El mismo día a las 12:13 am, la representante legal de la Fundación Arteria respondió que estaban confirmando la presencia de las partes en la reunión.

17. El 8 de octubre de 2019 la Fundación Arteria envió un nuevo mensaje a Lucas Ospina. En él manifestó que habían recibido una comunicación por parte de Marisela Vélez, coordinadora Cultural del Centro Colombo Americano. La referida coordinadora anunció que debido a que Idartes y el Ministerio de Cultura no irían a la reunión, el Centro Colombo Americano también se ausentaría de la misma. Por ende, la Fundación Arteria daba por cancelada la reunión pactada. Acto seguido, anuncian que, a pesar de haber tenido voluntad de diálogo, la decisión del Centro Colombo Americano truncaba las posibilidades de alcanzar un acuerdo entre las partes y que en consideración a ello, la Fundación daba por terminado su rol como intermediador en el asunto.
18. El 9 de octubre de 2019, el equipo curatorial 45 Salón Nacional de Artistas radicó un derecho de petición al Ministerio de Cultura (**Anexo 5**) solicitando una pronunciación oficial en la que se reitera la defensa a la libertad de expresión, se rechace la censura y se respalde la labor de la dirección ejecutiva y artística de los curadores y artistas participantes. Además, el derecho de petición señala que Lucas Ospina y Power Paola (Paola Gaviria) esperan una disculpa pública por parte del Centro Colombo Americano, por lo cual solicitan la intermediación respectiva.
19. El 15 de octubre, el Ministerio de Cultura dio respuesta al derecho de petición (**Anexo 6**). Sostiene que al ser gestor del 45o Salón Nacional de Artistas, conduce su actuar en dos frentes específicos: (i) realización de los fines públicos y la veeduría en la inversión de los recursos públicos y (ii) la facilitación de la expresión artística e intelectual como materialización de la libertad de expresión. Así, aclara que el Ministerio de Cultura provee los recursos para el proyecto, reconociendo que detenta una responsabilidad particular respecto de lo que ocurra en el desarrollo del evento. A su vez, en la respuesta el Ministerio declara que respeta y protege el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, a la fecha no ha reconocido el acto del Centro Colombo Americano como un acto de censura y vulnerador de derechos. Además, el Ministerio reitera que está abierto a que se propicien debates en el sector con miras a nutrir el arte y la cultura. Sin embargo, a la fecha Lucas Ospina Villalba no ha recibido una sola comunicación por parte del Ministerio que permita evidenciar la intención de propiciar un espacio para dar solución al acto de censura ni para dar cumplimiento material a la declaración del Ministerio sobre su respecto por la libertad de expresión.

III. COMPETENCIA:

Conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 “son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”. Por otro lado, el Decreto 1983 de 2017 establece en el numeral 11 del artículo 1 que “las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría”. Además, el numeral 11 sostiene que “cuando la acción de tutela se promueva contra más de una autoridad y éstas sean de diferente nivel, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas establecidas en el presente artículo”.

Con esto en mente, al ser el Ministerio de Cultura una entidad del orden nacional, el juez competente para conocer de esta acción es el Juez del Circuito de Bogotá. Lo anterior, de conformidad con las reglas de competencia y reparto de la acción de tutela aquí señaladas.

IV. LEGITIMACIÓN POR ACTIVA:

Agotada la presentación de los hechos y justificada la competencia para conocer y pronunciarse sobre la materia se procede entonces a ahondar en la argumentación sobre la legitimación para obrar de Lucas Ospina como parte activa y la legitimación del Ministerio de Cultura, Idartes y la Fundación Arteria por pasiva como accionados. Para claridad: primero se abordará el asunto de la legitimación por activa. Una vez superado ese asunto, el siguiente acápite se dedica a sostener que los cuatro accionados gozan de legitimación por pasiva para actuar.

El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, puede interponer acción de tutela en todo momento y lugar directamente o mediante un representante que actúa a su nombre. En efecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela puede ser interpuesta por el representante de la persona a quien se le han vulnerado sus derechos, por una persona que actúe como agente oficioso de los derechos del titular ante la imposibilidad de este último de acudir por sí mismo al amparo, por el Defensor del Pueblo y por los Personeros Municipales.

Para interponer una tutela mediante representante judicial, el abogado debe actuar en virtud de un poder especial que le ha concedido el titular de los derechos para interponer la acción de tutela. Frente a esto, la Corte Constitucional ha establecido que el poder es un acto formal que se debe realizar por escrito y además, el destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional de derecho habilitado con tarjeta profesional⁴, tal y como consta en el Anexo 1 de esta tutela. De acuerdo con lo expresado, la suscrita, Juliana Bustamante Reyes, tiene legitimación por activa para interponer la presente tutela en representación judicial de Lucas Ospina que obra como poderdante titular de los derechos fundamentales vulnerados.

V. LEGITIMACIÓN POR PASIVA:

El artículo 86 constitucional establece con claridad que están legitimados por pasiva cualquier autoridad pública cuando ésta, por acción u omisión, vulnera o amenaza con vulnerar los derechos fundamentales de una persona. Por su parte, advierten que la acción procede contra particulares en prestación de un servicio público o cuya conducta afecte el interés colectivo. Finalmente, se puede accionar a particulares respecto de los que se esté en situación de subordinación o indefensión. Como se verá en cada caso, las autoridades públicas y los particulares sí están legitimados por pasiva en correspondencia con los requisitos que para tal fin impone el artículo 86 constitucional.

Respecto del Centro Colombo Americano:

El Centro Colombo Americano, que es una fundación sin ánimo de lucro (**Anexo 8**), se encuentra legitimado por pasiva para ser vinculado por esta acción toda vez que una conducta de su autoría generó la censura y destrucción del mural “Sin Título” y con ello, la vulneración al derecho a la libertad de expresión de Lucas Ospina. Asimismo, las acciones del Centro Colombo Americano de cara al caso concreto satisfacen los requisitos de legitimación establecidos en el artículo 86 constitucional toda vez que pueden ser entendidas como acciones de un particular que afectan intereses colectivos.

La actuación del Centro Colombo Americano afecta un interés colectivo por tres motivos. En primera instancia, el artículo 2 de la Constitución establece que un fin del Estado es facilitar la participación de todos en la vida cultural de la nación. En consecuencia, es dable afirmar que los

⁴ Corte Constitucional. *Sentencia T-430 de 2017*. Expediente: T-6.062.251. MP: Alejandro Linares Cantillo.

eventos de carácter cultural como el 45o Salón Nacional de Artistas revisten un interés colectivo bajo el entendido que se dan en desarrollo del cumplimiento de los fines del Estado. Por otro lado, el hecho de que el Ministerio de Cultura haya provisto los recursos para el desarrollo y realización del evento y que obrara como gestor del mismo denota que el 45o Salón Nacional de Artistas es un evento de interés público y colectivo. Por si fuera poco, lo anterior implica que más allá del carácter cultural del evento, el 45o Salón Nacional de Artistas fue financiado con recursos públicos por lo que los acontecimientos que tuvieron lugar en el marco del desarrollo del evento son de interés colectivo. Por último, la censura de la obra implicó una vulneración a la dimensión colectiva de la libertad de expresión en tanto impidió que el mural fuese difundido a toda la ciudadanía, tal y como será explicado con mayor detalle en acápite posteriores. Esto denota las implicaciones de una censura para la ciudadanía y los efectos negativos que esto tiene con respecto al valor comunitario del arte, demostrando así una afectación a un interés colectivo.

Finalmente, el interés colectivo que comporta el desarrollo de un evento como el Salón Nacional de Artistas y que suscitó el acto de vulneración del derecho a la libertad de expresión de Lucas Ospina y Paola Gaviria se puede evidenciar mediante los recortes y notas de prensa que fueron publicados por diversos medios de comunicación de alcance nacional en días subsiguientes al 23 de septiembre del presente año. El hecho que el acto de censura y vulneración al derecho a la libertad de expresión de Lucas y Paola se hubiera convertido en un hecho noticioso de especial relevancia durante esa semana del 23 de septiembre refleja el interés colectivo relacionado con el goce efectivo del derecho y con la preocupación que suscita una limitación y afectación abiertamente arbitraria como esta a un derecho humano de la relevancia social y colectiva como la libertad de expresión. Valga precisar que ese amplio y completo cubrimiento periodístico se encuentra anexado a la presente acción.

Respecto del Ministerio de Cultura:

De cara al caso concreto, el Ministerio de Cultura es un actor que debe ser vinculado. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”. Por ende, comprobar el carácter público de la autoridad accionada y dar cuenta de que la entidad ha violado, viola o amenaza con violar los derechos protegidos basta para satisfacer los requisitos constitucionales de legitimidad por pasiva.

Frente al caso, el Ministerio de Cultura debe ser vinculado toda vez que: (i) es una autoridad pública del orden nacional⁵ y (ii) es responsable por la vulneración del derecho a la libertad de expresión del accionante en razón a la omisión de sus deberes de protección general y particular del derecho tutelado. Ello implica entonces que en su calidad de autoridad pública y por vía de omisión se configuran los requisitos constitucionales antes expuestos para poder vincularlo por pasiva. Es fundamental que esta autoridad pública esté vinculada al proceso para que el juez pueda ordenar que actúe para detener y reparar la vulneración causada sobre el derecho.

En términos generales, no se debe olvidar que el Ministerio de Cultura como entidad pública detenta un deber general de protección a los derechos humanos y fundamentales en Colombia y un deber para garantizar el goce efectivo de los mismos. Por tratarse de un acto de censura y vulneración de la libertad de expresión en el contexto de las artes y en el marco del desarrollo de un evento de carácter cultural, se precisa la vinculatoriedad de ese deber general de protección en cabeza del Ministerio de Cultura. Sin embargo, como se verá, la legitimidad por pasiva de la entidad

⁵ Así se desprende del Decreto 1080 de 2015. A su tenor se entiende que el Ministerio de Cultura es el ente rector del sector cultural en el país cuyos objetivos implican la formulación, coordinación, ejecución y vigilancia de la política de Estado en materia cultural.

se refuerza de cara a la concreción del deber particular de protección directamente vinculado con las particularidades contextuales del caso.

Si bien el argumento de responsabilidad respecto del Ministerio se desarrolla a plenitud con posterioridad en el texto, vale por lo pronto recordar que el Ministerio de Cultura detenta la calidad de Gestor del 45o Salón Nacional de Artistas y en ejercicio de tal calidad aportó los recursos de toda índole que resultaban necesarios para el efectivo desarrollo del evento cultural. Así se desprende del Convenio de Asociación 2128-19 que fue suscrito en conjunto con Idartes y con la Fundación Arteria. A su vez, así lo reconoció directamente el Ministerio de Cultura en la respuesta que dió al derecho de petición presentado el 8 de octubre por el equipo curatorial del 45o Salón Nacional de Artistas. El hecho de que el Ministerio actúe como Gestor implica que los deberes generales de protección en cabeza del Estado con relación a los derechos de los ciudadanos se concretan en el Ministerio de Cultura en lo relativo al desarrollo del Salón Nacional de Artistas. Es un proyecto a su cargo por lo que aún delegando la operación del evento, es responsable de lo que ocurra en el contexto del evento.

Por cuenta de lo anterior, y atendiendo a que la obra mural “Sin Título” se financió con recursos públicos y se desarrolló en el marco de un evento de interés público que hace parte de las labores y es expresión del cumplimiento de las funciones del Ministerio de Cultura, esa entidad tiene un vínculo ineludible con la obra y con los artistas. Ese vínculo se traduce en la concreción de una obligación en cabeza del Ministerio de carácter particular y especialísima de protección y garantía del goce efectivo de los derechos fundamentales de Lucas Ospina.

A pesar de haberse enterado del hecho de censura y destrucción desarrollado por el Centro Colombo Americano (tal y como se desprende de los hechos del caso) y de haber sido solicitada su participación para dar solución a la vulneración de derechos, el Ministerio optó por adoptar una conducta pasiva y omisiva frente al caso que contribuyó de manera determinante en la continuidad y permanencia de la vulneración a la libertad de expresión de Lucas Ospina.

Respecto del Instituto Distrital de las Artes:

A continuación se presentan las razones que amparan la legitimación por pasiva del Instituto Distrital de las Artes. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”. Por ende, comprobar el carácter público de la autoridad accionada y dar cuenta de que la entidad ha violado, viola o amenaza con violar los derechos protegidos basta para satisfacer los requisitos constitucionales de legitimidad por pasiva. Idartes es la entidad del Distrito encargada de la gestión de las prácticas artísticas de la ciudad. Su compromiso es fomentar la confianza de artistas, gestores y ciudadanía en el sector de las artes. Su actividad misional consiste en la garantía de los derechos culturales y la promoción de las artes en la ciudad de Bogotá. Por ende, constituyen obligaciones del Instituto, junto con las antes mencionadas, la contribución al desarrollo de sujetos creativos, sensibles, respetuosos de la diferencia que aporten a la construcción de una ciudad incluyente y solidaria.

Precisado lo anterior, se debe advertir que las razones que legitiman a Idartes por pasiva son básicamente las mismas que legitiman la participación del Ministerio de Cultura en el caso. Al igual que en el caso del Ministerio, Idartes debe ser vinculado toda vez que es una autoridad pública y es responsable por la vulneración del derecho a la libertad de expresión del accionante en razón a la omisión de sus deberes de protección general y particular del derecho tutelado. Ello implica

entonces que en su calidad de autoridad pública y por vía de omisión se configuran los requisitos constitucionales para poder vincularlo por pasiva..

El Convenio de Asociación 2128-19 fue suscrito no solo por el Ministerio de Cultura. De ese Convenio también hacía parte Idartes que lo suscribió también con la Fundación Arteria. Con esto, queda claro que Idartes también adquiere un deber especial de protección con respecto al derecho a la libertad de expresión de Lucas Ospina y Paola Gaviria. El acto de censura y destrucción sobre la obra no solo se dió en Bogotá, ciudad en la que Idartes es competente para obrar, sino además ocurrió en el marco de un evento cultural de interés público del que Idartes era parte gestora y organizadora. Por ende, las vulneraciones de derechos humanos y fundamentales que tuvieran lugar en el marco del 45o Salón Nacional de Artistas debían ser evitadas por parte de Idartes en razón de su rol de entidad pública encargada de la gestión del evento. Además, le era particularmente exigible reaccionar y desarrollar todas las acciones que hubiera en su haber para evitar la continuidad de vulneración de derechos.

Respecto de la Fundación Arteria:

Se argumentará que la Fundación Arteria sí está legitimada por pasiva para ser accionada por medio de la presente acción toda vez que cumple con los requisitos que plantea el artículo 86 constitucional para accionar a particulares. En particular, la conducta de la Fundación Arteria en el contexto del caso y como operador del 45o Salón Nacional de Artistas afecta el interés colectivo.

En efecto, las acciones de la Fundación Arteria con relación a este caso guardan relación con un interés general y constituyeron una afectación al mismo. Se desprende del artículo segundo constitucional que un fin del Estado es facilitar la participación de todos en la vida cultural de la nación. Por ende, es dable afirmar que los eventos de carácter cultural como el 45o Salón Nacional de Artistas revisten un interés colectivo bajo el entendido de constituir un medio por el cual se da cumplimiento a los fines del Estado. En apoyo de lo anterior, el hecho que el Ministerio de Cultura haya provisto los recursos de toda índole para el desarrollo y realización del evento y que obrara como Gestor del mismo denota que el 45o Salón Nacional de Artistas es un evento de interés público y colectivo. Por si fuera poco, lo anterior implica que más allá del carácter cultural del evento, el 45o Salón Nacional de Artistas fue financiado con recursos públicos por lo que los eventos ocurridos en el marco del desarrollo del evento son de interés colectivo.

No se debe pasar por alto que al ser el 45o Salón Nacional de Artistas un evento financiado con recursos públicos y cuya gestión depende del Ministerio de Cultura y de Idartes, la operación del evento a cargo de un particular impone una serie de cargas a este último. El hecho de ser operador de un evento de las características antes señaladas hace que la Fundación Arteria actúe como garante de lo público y por eso mismo como garante de los derechos humanos y fundamentales de todos los involucrados.

La suerte de la obra mural “Sin Título” es de interés colectivo pues fue realizada con financiación pública. Fue directamente la Fundación Arteria la que contrató a título de comodato la realización de la obra mural “Sin Título” con Lucas Ospina y Paola Gaviria. Sin embargo, el referido contrato se celebró como acto que desarrollaba el convenio de asociación que la Fundación había suscrito con el Ministerio de Cultura y con Idartes. Por ende, la contratación de la obra se dio por parte de la Fundación como operador de los recursos públicos que le había aportado el Ministerio para la realización del 45o Salón Nacional de Artistas. La contratación de la obra en mención hace parte del cumplimiento de esas obligaciones de la Fundación como operador del evento. Por ende, lo relacionado con la obra mural “Sin Título” está inevitablemente vinculado con el uso de recursos

públicos. Por ende, y como en toda actividad que se realiza con financiación y con recursos públicos, existe un interés colectivo en el desarrollo de la misma.

Ello implica que lo ocurrido con la obra no se circunscribe al ámbito de interés de las partes en razón del contrato sino que reviste un interés colectivo por cuenta del uso de recursos públicos para la actividad y por el carácter cultural del evento.

VI. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Dado que en el acápite anterior se probó la legitimidad por activa y pasiva de accionante y accionados respectivamente se pasa a comprobar que se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela. En un primer momento se aborda el asunto de la procedibilidad de la acción; luego se aborda la argumentación para dar cuenta del carácter subsidiario de la misma y finalmente se sostiene que el caso no se ajusta a la comprensión constitucional de daño consumado ni de hecho superado.

Procedibilidad:

La acción de tutela es una acción judicial subsidiaria y autónoma dirigida a proteger los derechos fundamentales de los habitantes del país en relación con las acciones y omisiones de entidades y autoridades públicas así como de particulares. A su vez, es manifestación de una cultura democrática en el seno de la que se debe garantizar la protección de los derechos y en general el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. En relación con el presente caso, la acción de tutela procede como mecanismo idóneo para garantizar la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión⁶. Tal y como se argumentará en este caso, la acción cumple con los requisitos de procedibilidad establecidos en el Decreto 2591 de 1991, particularmente en sus artículos 1, 2 y 5.

Al respecto vale advertir que el derecho a libertad de expresión del que es titular Lucas Ospina se vio vulnerado a partir del 23 de septiembre del año en curso por cuenta del acto de censura y destrucción ejercido por el Centro Colombo Americano sobre la obra mural “Sin Título”. Esta vulneración de derechos no ha cesado desde la referida fecha hasta el momento. Por el contrario, se ha consolidado, por cuenta de las sistemáticas omisiones en las que han incurrido autoridades públicas como el Ministerio de Cultura e Idartes y particulares como la Fundación Arteria. Dado que la obra fue censurada y por ende conducida a su destrucción total, que las autoridades encargadas de velar por la integridad de la obra y por el ejercicio efectivo de los derechos vulnerados omitieron sus responsabilidades frente a la materia, tenemos que el goce efectivo del derecho a la libertad de expresión del artista que debía materializarse con especial ahínco durante el desarrollo del 45o Salón Nacional de Artistas se ha visto sistemáticamente vulnerado. Cuando menos, por el tiempo de duración del referido evento cultural.

Subsidiariedad:

Mucho se ha advertido, empezando por el numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sobre que la tutela no procede cuando existen otros mecanismos o recursos de defensa judiciales. Sin embargo, la comprensión constitucional de la subsidiariedad no puede reducirse a la interpretación exegética del contenido normativo mencionado. Por el contrario, la Corte Constitucional en sentencias como la T-003 de 1992, ha advertido que la subsidiariedad implica en últimas que la tutela no entre a suplantar lo que podría conseguirse por medio de otros mecanismos

⁶ Derecho reconocido en el Artículo 20 de la Constitución política de Colombia de 1991.

y acciones judiciales. Por ende, y en aras de proteger los derechos fundamentales es necesario verificar caso a caso, en sede de subsidiariedad, si la existencia de un medio de defensa judicial alternativo a la tutela resulta ser eficaz e idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado. Por ende, no basta con la existencia formal de un medio jurídico alternativo a la tutela. Es requisito indispensable que sustancialmente ese mecanismo alternativo sirva para la protección efectiva del derecho fundamental cuestionado. Esto es: que si el agotamiento de ese mecanismo alternativo consuma la vulneración del derecho fundamental o no reporta mayores beneficios en pos de la protección del derecho o del cese de la amenaza sobre el mismo, la tutela sí procede.

Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-001 de 1997 tuvo a bien recoger el argumento de la siguiente manera:

Ese medio que desplaza la viabilidad del amparo tiene que ser materialmente apto para lograr que los derechos fundamentales en juego sean eficientemente protegidos (...). Así las cosas, para los efectos de establecer cuándo cabe y cuándo no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen así como las pretensiones del actor, y a verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto, en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o si, a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales⁷.

Es claro que no se trata de preferir la aplicación caprichosa de otro mecanismo de defensa judicial que formalmente se encuentre a disposición, sino de privilegiar aquel que desde el punto de vista sustancial esté en mejor posición para proteger con eficiencia e idoneidad el derecho vulnerado o amenazado y las pretensiones del actor. Cuando los mecanismos diferentes a la tutela no logren esos propósitos, no hay duda que debe preferirse la aplicación de la tutela.

A riesgo de resultar redundantes, conviene precisar lo que constitucionalmente se ha comprendido como idóneo y eficaz. Por lo primero se entiende aquel medio judicial que provea el camino adecuado para la consecución de un fin, sea en este caso la protección de un derecho vulnerado o amenazado. Así se decanta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Particularmente de sentencias como la T-999 de 2000 y la T-847 de 2003. Por su parte, la eficacia se juzga como el criterio según el cual es posible asegurar que el derecho sea protegido de manera oportuna. Una vez más: con la idoneidad se protege la protección adecuada; con la eficacia, la protección oportuna.

Dicho lo anterior, es fundamental concluir que, en el caso concreto, la acción de tutela sí es subsidiaria, idónea y eficaz. Si bien sería posible argüir que de acuerdo con los hechos del caso no se cumplen las condiciones de subsidiariedad, esa conclusión sería cuando menos apresurada. No admite duda que el mural desarrollado por Lucas Ospina y Paola Gaviria responde desde el punto de vista jurídico, en principio, al contrato de comodato suscrito entre los artistas y la Fundación Arteria. Fue ese acto jurídico el que desde el punto de vista formal dio pie para la realización del proyecto del mural “Sin título”. Allí, no solo se pactó la elaboración de la obra sino que también se establecieron una serie de obligaciones entre contratistas y contratante anticipando posibles riesgos y eventualidades con relación al desarrollo del contrato.

Del desarrollo argumentativo precedente podría argüirse que la obra goza de protección jurídica en el contrato de comodato celebrado entre la Fundación Arteria y los artistas y que toda

⁷ En sintonía con lo expresado también se encuentra la Sentencia de la Corte Constitucional T-441 de 1993.

controversia, incluso esta misma, podría ser resuelta acudiendo a las acciones legales previstas en el régimen civil para tramitar conflictos entre particulares. Eso conlleva necesariamente a notar que antes de la tutela se deberían agotar las acciones civiles que correspondan de acuerdo con las obligaciones contractuales que se consideren incumplidas. Con ello, se podría argumentar la improcedencia de la tutela por considerar que no se está haciendo uso de la acción de manera subsidiaria.

Sin embargo, esa comprensión de subsidiariedad en el caso no es compatible con el entendimiento jurisprudencial y constitucional del requisito. Son varias las razones. En primer término, se debe recordar que el caso presenta supuestos de hecho que configuran efectos jurídicos en suma más graves que meros incumplimientos de las obligaciones pactadas por las partes en el contrato de comodato. Como se ha explicado previamente, lo que ocurrió implica una vulneración a los derechos fundamentales de Lucas Ospina y Paola Gaviria y, en virtud de la dimensión colectiva de la libertad de expresión, también una vulneración a los derechos del público. Por ende, el acto de destrucción y censura desarrollado por el Centro Colombo Americano y del que fue objeto la obra mural “Sin Título” puede implicar o derivar efectos civiles a la luz de lo pactado en el contrato de comodato, pero las implicaciones de esa acción trascienden esas obligaciones contractuales. Esos efectos civiles son accesorios a la violación del derecho humano a la libertad de expresión y al acto de discriminación del que fueron objeto los artistas.

En consecuencia, las acciones civiles no son idóneas ni efectivas para proteger el derecho tutelado. Los remedios que pueden obtenerse del agotamiento de la vía civil como por ejemplo el cumplimiento forzoso del contrato o la procedencia de una indemnización de perjuicios en favor de los artistas no proveen una protección adecuada ni oportuna a su vulnerado derecho a la libertad de expresión. Así pues, es claro que las acciones civiles sólo protegerían perjuicios accesorios, las vulneraciones fundamentales sobre los derechos humanos constitucionalmente reconocidos no admiten protección idónea ni eficaz, en este caso, por medio de las acciones civiles.

En segundo lugar, el contrato de comodato fue celebrado por Lucas Ospina y Paola Gaviria con la Fundación Arteria. Por lo tanto, los efectos civiles del contrato y por ende también las medidas que se deriven de una litis civil en torno al cumplimiento de las cláusulas del mismo sólo podría tener efectos con relación a los artistas y la Fundación Arteria. Escenario a todas luces insuficiente para dar un tratamiento adecuado y que provea justicia material en referencia con los hechos del caso, toda vez que se desvincularía de la cuestión a otros actores que han sido también responsables por acción y/o omisión de la vulneración de derechos humanos acá alegada. Del mismo modo, tampoco se garantizaría por esa vía la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión del público y de la sociedad en su conjunto del que son titulares en razón de la dimensión colectiva del derecho tutelado. Así pues, las acciones civiles a las que habría lugar por los efectos concomitantes que se derivaron del acto de censura y destrucción de la obra sólo permitirían vincular al proceso a la Fundación Arteria lo que en términos precisos implicaría la absoluta desprotección del derecho a la libertad de expresión de Lucas Ospina.

En tercer lugar, es preciso recordar que la Corte Constitucional ha exigido por parte del juez que, en sede de subsidiariedad, considere las pretensiones de los actores. Los accionantes no persiguen con la interposición de la tutela el reconocimiento de una indemnización, ni que se ordene el cumplimiento forzoso del contrato, ni tampoco que le sean reconocidos derechos patrimoniales con relación a las obligaciones pactadas en el contrato de comodato. Por el contrario, su pretensión es que los accionados emitan un comunicado de carácter público en que reconozcan que lo que ocurrió respecto de su obra mural “Sin Título” constituyó un acto de censura y por ende una vulneración a su derecho a la libertad de expresión. Que a su vez, y en consecuencia, los accionados en ese comunicado expresen sus disculpas por lo ocurrido para con los artistas y el público en

general. Los remedios que brinda consigo una acción civil no guardan relación con las pretensiones de la acción de tutela antes mencionadas. La solución que se podría alcanzar en esa jurisdicción no cumple en lo absoluto entonces con los objetivos constitucionales de protección y respeto de los derechos fundamentales tutelados.

Finalmente, queda claro de la lectura de los hechos que antes de activar el aparato estatal de administración de justicia, los accionantes buscaron diferentes escenarios y caminos para dar solución oportuna a la vulneración de derechos de la que habían sido objeto. Por un lado, escribieron directamente a la Fundación Arteria en busca de explicaciones y soluciones al acto de censura y destrucción de la obra. Adicionalmente, siempre demostraron su disposición para sostener un diálogo y propiciar espacios de interlocución con el Centro Colombo Americano, la Fundación Arteria, el Ministerio de Cultura e Idartes. Escenarios de diálogo que de haber ocurrido, quizá habrían podido facilitar una solución y probablemente habrían favorecido el cese en la vulneración de derechos que hoy en día continúa. Sin embargo, esos espacios de diálogo no prosperaron; no por la desidia de los accionantes, sino por decisión y responsabilidad exclusiva de todos los actores (públicos y privados) accionados en esta tutela. En tercer lugar, queda claro de los hechos que, si bien no directamente los accionantes, el equipo curatorial del 45o Salón Nacional de Artistas interpuso un derecho de petición al Ministerio de Cultura. Ello, con el fin de garantizar la protección de los derechos vulnerados mediante la solicitud al Ministerio de adoptar una actitud activa y participativa en la materia. En correspondencia con sus deberes y obligaciones como entidad del Estado y como gestora del Salón Nacional de Artistas. El fracaso de esas acciones da cuenta de la diligencia de los accionantes y de su intención de agotar otros mecanismos diferentes a los judiciales para dar tratamiento a los acontecimientos. Sin embargo, el fracaso de esos canales, que como se insiste es exclusivamente adjudicable a las decisiones de los accionados, impidió obtener la protección de los derechos vulnerados y el cese de esas vulneraciones por caminos diferentes al presente.

De conformidad con lo anterior, considerar esta tutela como improcedente en razón del requisito de subsidiariedad implicaría en últimas un acto de denegación de justicia y por su intermedio una violación al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los accionantes. Lo anterior, toda vez que ha quedado claro que a pesar de existir otra serie de acciones judiciales, éstas no son idóneas ni efectivas para alcanzar los objetivos constitucionales de protección a los derechos e intereses tutelados.

Sobre la inexistencia de un daño consumado ni de un hecho superado:

El artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 en su cuarto numeral establece que siempre que la causa generadora del daño haya cesado y que éste se haya producido o consumado la tutela será improcedente. Por ende, siempre que la acción y/u omisión vulneratoria del derecho continúe, no habrá daño consumado y la tutela sí se tendrá como procedente.

De cara al caso concreto es necesario poner de presente que el daño no se ha consumado sino que continúa. Si bien es cierto que el hecho o la acción generadora de la censura, que afectó la integridad de la obra y por ende que dio inicio a la violación del derecho a la libertad de expresión de Lucas Ospina y Paola Gaviria fue el acto de pintar de blanco la obra artística “Sin Título”, la censura es un acto continuado. Lo que implica, es que la acción de censura no se limita al momento puntual en que la obra es pintada, afectada en su integridad y destruida sino que es un acto continuado que se extiende temporalmente por todo momento en que la situación permanece. En efecto, se ejerce censura en un primer momento al afectar arbitrariamente la obra pero a partir de allí la censura no cesa y por ende tampoco lo hace la vulneración a la libertad de expresión.

Es preciso recordar que la obra objeto de la censura fue encomendada a los artistas para ser exhibida en el marco del 45o Salón Nacional de Artistas. Ese evento cultural continúa hasta el próximo 4 de noviembre. Así, desde el 23 de septiembre hasta la fecha la censura se configura de manera continua, no ha cesado. Día tras día se vulnera la libertad de expresión del artista puesto que la obra debería estar incólume, tal y como fue elaborada por ellos y así debía permanecer, cuando menos hasta el 4 de noviembre. Sin embargo, las acciones desarrolladas por el Centro Colombo Americano a partir del 23 de septiembre y que constan en los hechos del caso han configurado el continuo de vulneraciones e implican la amenaza de que esas vulneraciones a la libertad de expresión continúen, cuando menos hasta el final del 45o Salón Nacional de Artistas.

Con independencia del argumento de carácter temporal que cobija en sentido mínimo el ámbito de desarrollo de la vulneración dentro de los días en que tiene lugar el 45o Salón Nacional de Artistas, es preciso advertir que la vulneración continuará existiendo con posterioridad al 4 de noviembre si no se ejerce ninguna acción de protección. Ha quedado claro que el Centro Colombo Americano, es renuente a reconocer que su accionar fue ilegítimo y que constituyó un acto de censura en el marco de un evento de naturaleza pública en el que actuaba en alianza con una entidad también pública que está obligada a garantizar los derechos de los ciudadanos dentro de sus competencias. También es evidente que la Fundación Arteria, el Ministerio de Cultura e Idartes no tienen voluntad alguna de actuar en línea con sus deberes de protección de los derechos del Sr. Ospina. Esas acciones demuestran o dan cuenta con suficiente contundencia que la vulneración de derechos no cesará. La afectación se generó en el contexto del 45o Salón Nacional de Artistas pero la culminación de ese evento no implica en sí mismo el cese sobre la vulneración del derecho humano afectado por parte de quienes deben garantizar el ejercicio, entre otros, de este derecho..

Con relación a la responsabilidad de los otros tres accionados se debe insistir en que tampoco se configura el daño consumado pues la causa generadora continúa. El análisis de continuidad sobre la vulneración a la libertad de expresión que se realizó previamente sobrevive respecto de los demás accionados. Sería simplemente necesario advertir que respecto a los otros tres accionados no sólo son responsables de esa continuidad por acción sino por omisión, tal y como se explicará a profundidad con posterioridad. En razón de lo anterior, es claro que la tutela sí es procedente.

A su vez, se desprende de lo dicho que no hay tampoco hecho superado pues la vulneración y amenaza sobre los derechos tutelados continúa. A menos que en el trámite que surta la tutela los accionados realicen acciones tendientes a revertir el daño causado no será posible considerar que el hecho se ha superado. Por en contrario, se deberá reafirmar la tesis según la cual la vulneración de derechos permanece.

VII. FUNDAMENTOS:

Agotado el análisis sobre las particularidades de tipo procesal, se ahonda en ésta sección sobre los argumentos y fundamentos jurídicos que soportan las pretensiones y dan cuenta de lo que se ha sostenido a lo largo del texto: que el Centro Colombo Americano censuró y destruyó la obra mural “Sin Título” y por ende es responsable por acción de la vulneración a la libertad de expresión de Lucas Ospina. En segundo lugar, que el Ministerio de Cultura, Idartes y la Fundación Arteria son responsables por omisión de la vulneración al derecho a la libertad de expresión del artista Lucas Ospina. Para el cumplimiento de los fines argumentativos se recurrirá en primera instancia a situar el marco jurídico nacional en materia de libertad de expresión. Luego se presentará el contexto normativo de protección del derecho en el sistema regional de protección de derechos humanos y posteriormente se hará un test de proporcionalidad entre los derechos en tensión: la libertad de expresión y la propiedad privada. Finalmente se presentan algunas consideraciones sobre el goce

efectivo del derecho a la libertad de expresión cuando este se da en contextos urbanos y particularmente en la calle.

A. Marco jurídico nacional sobre libertad de expresión:

El artículo 20 de la Constitución consagra la libertad de expresión como un derecho fundamental y establece que “se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”. En el caso concreto, se vulnera el derecho a la libertad de expresión en tanto hubo un acto de censura del mural de Lucas Ospina y Paola Gaviria.

La jurisprudencia nacional ha establecido una serie de reglas relativas a la protección de la libertad de expresión. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha sostenido que la efectividad del derecho a la libertad de expresión depende, entre otras cosas, de permitir que en la sociedad se manifiesten libremente las más diversas posturas y opiniones. Así, se ha señalado que el carácter pluralista de la República exige que las más diversas visiones del mundo puedan ser expresadas y difundidas en un libre y amplio mercado de ideas⁸.

Además, la Corte ha sostenido que la libertad de expresión está ligada al adecuado funcionamiento de una sociedad democrática⁹, pues es un mínimo que debe ser asegurado por un Estado en el que se permite libertad en la expresión y difusión de ideas. Según la Corte, el principal motivo por el cual se le confiere a la libertad de expresión una posición central dentro del sistema colombiano es porque mediante su protección se facilita la democracia representativa, la participación ciudadano y el autogobierno por parte de cada nación¹⁰. De aquí, se reitera que el libre flujo de información y opiniones es un elemento necesario para la sociedad cuando ésta tiene un esquema de gobierno democrático y representativo como lo es el colombiano. Además, la libertad de expresión cumple un rol político importante porque permite un debate amplio y abierto y permite una inclusión de todos los sectores de la sociedad en la construcción de la institucionalidad y el poder.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha acogido los criterios del Sistema Interamericano que serán explicados con posterioridad frente a la protección de ciertos tipos de discursos. Por ejemplo, la Corte ha establecido que se protegen las manifestaciones que pueden resultar molestas para determinadas personas o audiencias, lo cual se evidencia en el caso concreto por tratarse de un discurso político relacionado con Uribe, Duque y Trump y por referirse específicamente a los estadounidenses. Además, la Corte ha sido enfática en establecer que existe una presunción constitucional referente a la censura previa, pues ésta “está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, *ipso iure*, una violación del derecho a la libertad de expresión”¹¹.

En el marco jurídico nacional, la Corte Constitucional se ha pronunciado específicamente sobre la protección de las obras artísticas. Por ejemplo, la Corte ha sostenido que la libertad de expresión artística es un derecho fundamental de aplicación inmediata debido a que “constituye el medio por excelencia para la realización del potencial creador de todo ser humano”¹². De esta forma, la

⁸ Corte Constitucional. *Sentencia SU-626 de 2015*. Expediente: T-4.592.636. MP: Mauricio González Cuervo.

⁹ Corte Constitucional. *Sentencia T-391 de 2007*. Expediente: T-1248380. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ *Op. cit.* 8.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Corte Constitucional. *Sentencia T-104 de 1996*. Expediente: T-80179. MP: Carlos Gaviria Díaz.

libertad de expresión no se refiere únicamente al derecho de las personas a crear o proyectar artísticamente su pensamiento sino que también comprende el derecho a difundir y dar a conocer las obras al público. Así, la Corte ha sostenido que una autoridad pública no puede imponer restricciones frente al contenido de una obra debido a que vulneraría la esencia misma del derecho¹³.

La Corte Constitucional también se ha referido en específico a la censura artística y ha sostenido que:

En un Estado como el que define la Constitución, en el que las personas son moralmente autónomas, a nadie puede impedírsele difundir o tener acceso a las obras que quiera, so pretexto de su contenido inmoral o antiestético. El hacerlo, entrañaría un acto de censura, proscrito de nuestro ordenamiento constitucional y violatorio del derecho a la difusión de la expresión artística. La censura consiste, precisamente, en prohibir o recortar la difusión de cualquier idea por la sola razón de ser contraria a una ideología determinada, incluso si dicha ideología es la acogida por la mayoría de habitantes de una región o de todo el territorio colombiano¹⁴.

De esto se reitera nuevamente que el mural de Lucas Ospina y Paola Gaviria no podía tener una censura previa a pesar de tener un contenido delicado para cierta parte de la población. Así, se ve vulnerada la dimensión de la libertad de expresión relativa la difusión artística en tanto no se permitió que la ciudadanía apreciara lo que los artistas tenían que decir frente a Estados Unidos y los gobiernos del país. En el acápite posterior se hará un análisis más minucioso frente a los discursos especialmente protegidos por la libertad de expresión, las limitaciones a este derecho y la prohibición de la censura con base en estándares fijados por el Sistema Interamericano.

B. Marco jurídico interamericano sobre libertad de expresión:

El marco jurídico interamericano de derechos humanos es importante para el caso concreto debido a que es vinculante por pertenecer al bloque de constitucionalidad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –de ahora en adelante la Convención–, fue ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 16 de 1972. Conforme al artículo 93 de la Constitución, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno. Además, los derechos consignados en la Constitución deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Con esto en mente, las disposiciones de la Convención tienen jerarquía constitucional y son vinculantes en el ordenamiento interno al pertenecer al bloque de constitucionalidad.

Además, el artículo 2 de la Convención exige el desarrollo de prácticas conducentes al acatamiento efectivo de los derechos y libertades consagrados internacionalmente y que se supriman los preceptos y prácticas que impliquen una violación de tales garantías¹⁵. Con esto en mente, tanto el Estado como sus jueces al ratificar la Convención “están obligados a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”¹⁶. De esta forma, el deber de los jueces de respetar y garantizar los derechos de la Convención, sumado al deber de las autoridades de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para garantizar la obligación de respeto y garantía de los derechos, implica que deben realizar un control de

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Op. cit.* 16.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia 11 de marzo 2005, Serie C No. 123, párr. 91; *Caso Lori Berenson Mejía*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 219.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit., párrafo 124.

convencionalidad. Además, el artículo 29 de la Convención consagra la obligación de interpretar las normas en el sentido que mejor garantice la protección de los derechos humanos. Así, los jueces de la República deben fallar en consideración el principio *pro homine*¹⁷ y conforme a la interpretación progresiva de los derechos en juego.

El derecho a la libertad de expresión reviste especial importancia por tener una triple función en el Sistema Interamericano. En primer lugar, se trata de un derecho personal que trae consigo la virtud de pensar y comunicar con otros una perspectiva del modelo de vida y de sociedad que cada persona desea. Así, todo potencial creativo y comunicativo de un ser humano depende fundamentalmente de que se respete el derecho a la libertad de expresión¹⁸. En segundo lugar, el derecho a la libertad de expresión tiene un relación indisoluble con la democracia. El Sistema Interamericano busca fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos y el fomento de la libre circulación de información, ideas y todo tipo de expresiones mediante la protección de la libertad de expresión¹⁹. Por último, la jurisprudencia interamericana ha establecido que la libertad de expresión es una herramienta para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –de ahora en adelante CIDH–, “la carencia de libertad de expresión es una causa que contribuye al irrespeto de otros derechos humanos”²⁰.

Frente a la titularidad de la libertad de expresión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –de ahora en adelante Corte IDH– ha establecido que “la titularidad del derecho a la libertad de expresión no puede restringirse a determinada profesión o grupo de personas, ni al ámbito de la libertad de prensa”. Es por esto que en el caso concreto Lucas Ospina y Paola Gaviria tienen titularidad frente a su derecho a la libertad de expresión en su profesión como artistas, sin que se les sea restringida la tutela de sus derechos por la naturaleza del objeto que fue censurado.

Limitaciones a la libertad de expresión bajo el Sistema Interamericano:

Se debe considerar que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su inciso 2 que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley”. Además, el inciso 5 establece que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas”. La jurisprudencia interamericana ha desarrollado un test tripartito para determinar si las restricciones a este derecho son aceptables bajo los parámetros de la Convención. Este estándar exige que: (i) las restricciones estén previstas de manera clara y precisa en una ley; (ii) que estén dirigidas al logro de objetivos imperiosos reconocidos por la Convención y; (iii) que sean juzgadas haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas²¹.

Frente al primer elemento del test, la Corte IDH ha establecido que “toda limitación a la libertad de expresión debe encontrarse establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa

¹⁷ Este principio interpretativo implica que se deberá preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma o interpretación que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno.

¹⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. OEA (30 de diciembre de 2010), pág. 2.

¹⁹ CIDH. *Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Transcritos en: corte IDH.

²⁰ CIDH. *Informe No. 38/97. Caso No. 10.548. Hugo Bustios Saavedra*. Perú. 16 de octubre de 1997, párr. 72.

²¹ *Op. cit.* 1, pág. 9.

y clara en una ley”²². La limitación que se dio en este caso a la libertad de expresión no está sustentada en ninguna norma y es, en cambio, una actuación arbitraria de censura que se dio como consecuencia de un orden del Centro Colombo Americano sin ninguna justificación legal. Como se verá más adelante, un acto como el que se cometió sobre la obra mural “*Sin Título*” de autoría de Lucas Ospina y Paola Gaviria no sólo no está amparada por la legislación interna sino que además expresiones artísticas como estas están amparadas en el ordenamiento colombiano. Es por esto que no se cumple con el primer paso para determinar si la limitación a la libertad de expresión es justificada.

Frente al segundo elemento, las limitaciones impuestas deben perseguir el logro de alguno de los objetivos imperiosos establecidos taxativamente en la Convención, a saber: “la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas”²³. Con respecto a la protección de otros derechos, la jurisprudencia interamericana ha establecido que se debe ponderar la libertad de expresión cuando entra en conflicto con otros derechos como la honra, la reputación o el buen nombre. Si bien se podría argumentar que en este caso se está atentado contra la reputación y el buen nombre de Iván Duque, Donald Trump y Álvaro Uribe, el discurso político es uno que trasciende las personas que ostentan tales cargos, pues ellos simbolizan determinadas ideologías y programas de gobierno frente a los cuales la ciudadanía se debe poder manifestar públicamente. La política va más allá del ser de carne y hueso que ocupa un cargo público; las personas retratadas en este mural son la personificación de ciertos discursos que pueden y deben ser cuestionados en una sociedad plural y democrática. Así, no es dable argumentar que se están vulnerando los derechos de las personas retratadas, por tratarse de un asunto eminentemente político. Lucas Ospina y Paola Gaviria tienen el derecho a participar en debates activos y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento de la sociedad²⁴ y su obra es una de las múltiples formas en las que se fomenta la participación ciudadana frente a asuntos de interés común.

El último paso del test es determinar si la limitación a la libertad de expresión es necesaria para perseguir fines imperiosos en una sociedad democrática. De esta forma, se ha establecido que para que la restricción sea legítima, se debe establecer la necesidad de la limitación y que el objetivo no pueda ser alcanzado por un medio menos restrictivo de derechos humanos²⁵. Con esto en mente, se evidencia que la limitación a la libertad de expresión para el caso de Lucas Ospina y Paola Gaviria no está fundamentada bajo alguna finalidad específica y más aún, no busca ningún fin imperioso que se defienda por la Convención. La decisión de censurar el mural no es proporcional ya que el sacrificio que implica frente a la libertad de expresión no trae consigo ventaja alguna. Por esto, el tercer paso del test tampoco se cumple, motivo por el cual no se puede predicar una limitación justificada a la libertad de expresión.

Lo último que se debe reiterar es que las limitaciones a la libertad de expresión no pueden constituir mecanismos de censura previa directa o indirecta²⁶. El artículo 13.2 de la Convención establece que la libertad de expresión “no puede estar sujeta a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley”. Así, la censura del mural de Lucas Ospina y Paola Gaviria es un ejemplo de una violación extrema a la libertad de expresión debido a que conllevó la supresión total del objeto que se pretendía difundir. En este caso, el orden del Centro Colombo Americano de pintar el mural de blanco constituye un medio para impedir la circulación

²² Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 39-40.

²³ *Op. cit.* 1, pág. 27.

²⁴ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2006. Serie C No. 177, párrs. 57 y 87.

²⁵ *Op. cit.* 1, pág. 30.

²⁶ *Op. cit.* 10, párr. 54.

de una idea y opinión a la ciudadanía, lo cual conduce a una vulneración a la libertad de expresión para los artistas por la imposibilidad de expresarse, al igual que al derecho de toda la ciudadanía de recibir y conocer expresiones ajenas. Con todo, se evidencia una censura en el caso concreto debido a que la decisión del Centro Colombo Americano impidió que la obra fuese efectivamente accesible a la ciudadanía.

Presunción de cobertura *ab initio* de todo tipo de expresiones:

La regla general defendida por el Sistema Interamericano es que se debe garantizar la libertad de expresión no sólo frente a difusión de ideas e informaciones consideradas inofensivas o indiferentes, sino también frente a las que ofenden, chocan, inquietan, perturban al Estado o a cualquier sector de la población²⁷. Como se mencionó en los hechos, la obra de Lucas Ospina y Paola Gaviria tenía contenido sensible para cierta porción de la ciudadanía puesto que difundía un mensaje político que mostraba al senador Álvaro Uribe y al actual presidente Iván Duque como títeres de Estados Unidos.

Ahora, un discurso específicamente protegido por el Sistema Interamericano es el político y aquellos relativos a asuntos de interés público. Esto, puesto que “el funcionamiento de la democracia exige el mayor nivel posible de discusión pública sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado en todos sus aspectos, esto es, sobre los asuntos de interés público”²⁸. Además, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que la libertad de expresión es “el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad”. Con esto en mente, el Estado y sus autoridades deben abstenerse de establecer límites a la libertad de expresión en el ámbito político y las personas que ocupan espacios de política dentro del Estado deben tener un mayor grado de tolerancia frente a la crítica.

Así, el contenido del mural de Lucas Ospina y Paola Gaviria es uno especialmente protegido por el Sistema Interamericano por su contenido político y además, debe haber una cobertura de esta expresión a pesar de que difunde una idea que choca e inquieta a cierta parte de la población. Esto debe ser tenido en consideración al momento de hacer un análisis sobre la vulneración a la libertad de expresión.

C. Tensión entre la libertad de expresión y la propiedad privada:

Aunque la protección a la libertad de expresión es una obligación del Estado y aunque haya discursos especialmente protegidos tales como los políticos y las expresiones artísticas, es de resaltar que la libertad de expresión, al igual que cualquier otro derecho, no tiene carácter absoluto. En este caso, se evidencia una tensión entre los derechos de propiedad privada y libertad de expresión, que debe ser resuelta para demostrar por qué existe una vulneración desproporcional a la libertad de expresión. Esto, debido a que el muro en el que se realizó el mural es propiedad del Centro Colombo Americano, por lo cual se debe precisar si las entidades implicadas estaban facultadas para censurar la obra de arte por tener la propiedad sobre el muro que fungió como lienzo.

En este caso, se debe proceder a hacer un test de proporcionalidad para resolver la colisión que se da entre dos derechos fundamentales. Se debe realizar el test porque es una herramienta que permite interpretar las restricciones a los derechos fundamentales cuando hay una colisión entre

²⁷ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107, párr. 113.

²⁸ *Op. cit.* 1, pág. 11.

principios o derechos fundamentales. Ahora, cuando se pondera, se debe considerar que cada derecho tiene un desarrollo progresivo que ha sido definido por el sistema jurídico. Esto significa que hay ciertos mínimos de satisfacción que deben ser protegidos por el Estado. Con esto, a la hora de realizar un test de proporcionalidad se deben estudiar los siguientes elementos:

- (i) La idoneidad o adecuación de la medida: que la intervención o la injerencia del Estado resulte lo suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir.
- (ii) La necesidad: que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, tenga injerencia en la efectividad del derecho intervenido.
- (iii) Test de proporcionalidad en sentido estricto: permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior²⁹.

Frente a los niveles del test, se evidencia que existe una distinción entre un escrutinio leve, intermedio y estricto, dependiendo de que la atribución de las materias objeto de restricción o limitación pertenezcan a intereses protegidos por la Constitución o por la asignación de competencia al legislador, lo que determina el nivel de juicio de proporcionalidad. En este caso, se debe realizar un test intermedio debido a que la medida que se va a estudiar es una que puede afectar derechos fundamentales. Es dable argumentar que en el caso concreto se debería hacer un test estricto, pero no es el caso debido a que éste se realiza cuando la medida recae en personas que están en condiciones de debilidad manifiesta o si la medida recae sobre personas que pertenecen a grupos discriminados o marginados. Con todo, si bien se evidencia una vulneración a la libertad de expresión, el caso de Lucas no se enmarca dentro de ninguno de los elementos del test estricto, por lo cual la violación que implica la medida se analizará con menos severidad.

Tabla 1: Pasos a realizar en el test de proporcionalidad en el nivel intermedio:

Elementos de juicio	Test
Finalidad u objetivo de la medida	Que la medida sea constitucionalmente legítima e importante
Adecuación	Que la medida sea necesaria/idónea para cumplir con su fin
Proporcionalidad en sentido estricto	Que la medida no afecta el núcleo esencial de otro derecho en tensión de manera desproporcionada

En el primer paso del test, se debe determinar si la finalidad de la medida es constitucionalmente legítima. En este caso, se evidencia que las directivas del Colombo Americano ordenaron que sus funcionarios pintaran la pared de blanco como un acto que consideraban legítimo por ser propietarios del muro en el que se estaba pintando la obra. Frente a esto, se reitera que la protección de la propiedad privada es una finalidad que sí es constitucionalmente legítima en tanto es un derecho reconocido por la Constitución. De hecho, su artículo 58 establece que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Además, un propietario

²⁹ Corte Constitucional. *Sentencia C-144 de 2015*. Expediente: D-10347. MP: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

de un bien tiene la facultad de conservación y custodia de la cosa, lo cual implica que puede tomar medidas para mantener el bien en el estado en el que se encuentra. Con esto en mente, es dable argumentar que un acto legítimo de conservación que podía ser realizado por el Colombo Americano, por tratarse de un propietario, es pintar la pared blanco. Así, la protección de la propiedad privada es una finalidad que es constitucionalmente legítima para el caso concreto.

En el segundo paso del test, se debe determinar si la medida es necesaria e idónea para cumplir con el fin. Si bien es evidente que los propietarios de un bien están facultados para tomar medidas tendientes a asegurar su conservación, en el caso concreto existen limitaciones frente a las actuaciones que podía realizar el Colombo Americano debido a que lo que se realizaba en su pared había sido pactado con anterioridad mediante un contrato y porque, de todas formas, existían medidas mucho menos lesivas que la censura previa de la obra. Ahora bien, las entidades del Colombo Americano hubieran podido haber negociado con los artistas frente al contenido de la obra con el que no se encontraban de acuerdo y las demás entidades involucradas en el contrato también habrían podido mediar en vez de haber pintado el muro de blanco sin un aviso previo.

El último paso del test es determinar si la medida no afecta el núcleo esencial de otros derechos en tensión. En este caso, si bien la medida tenía la finalidad de proteger la propiedad privada y de ejercer la función de los propietarios relativa a la custodia y cuidado de los bienes, la actuación de censura y destrucción del mural afectó desproporcionadamente la libertad de expresión, por lo cual se da cuenta que la decisión del Colombo Americano no es una medida proporcional en sentido estricto. Ambos el Sistema Interamericano y el ordenamiento colombiano establecen que la censura es una violación extrema a la libertad de expresión, pues este derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores. De esta forma, es evidente que la actuación de pintar el mural se entromete en el núcleo fundamental a la libertad de expresión porque implicó una prohibición absoluta para que los artistas difundieran su obra y para que la ciudadanía pudiera apreciarla y tener acceso a ella. Este acto es equivalente a apagar el micrófono de un cantante, a quitar una obra de una exposición sin permiso, a prohibir la venta de libros por su contenido y a prohibir un evento público por su intención política, entre muchas otras graves violaciones a la libertad de expresión.

Tras haber hecho este análisis, se reitera que tratándose de la difusión de una obra artística, el límite posible que se podía imponer era relativo a la autorización por parte de quienes gestionaron el 45 Salón Nacional de Artistas para decidir si Lucas Ospina y Paola Gaviria realizaran dicha obra. Los artistas ya habían pasado por este primer paso, pues todo se dio en el marco de un contrato que había sido financiado y gestionado por entidades públicas. Así, habría sido diferente haber negociado mediante herramientas contractuales, o mediante un diálogo entre las entidades que no estaban conformes con el contenido de la obra, en vez de haber pintado la pared de blanco, lo cual significa una censura previa de difusión sin el permiso de los artistas.

D. Libertad de expresión en la calle:

La libertad de expresión adquiere especial importancia en un espacio abierto a toda la ciudadanía como lo es la calle. Para precisar, se reitera que la libertad de expresión tiene una doble titularidad: (i) una dimensión individual debido al derecho de cada persona de expresar sus propios pensamientos, ideas e informaciones y (ii) una dimensión colectiva debido al derecho de la sociedad de recibir información, conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenas y a estar bien informados³⁰. Con esto en mente, la dimensión colectiva de la libertad de expresión se asegura especialmente en las manifestaciones callejeras, pues es este el escenario de ejercicio público de la

³⁰ *Op. cit.* 1, pág. 9.

ciudadanía. No se puede olvidar que la libertad de expresión tiene una función pública por su relación inescindible con la democracia. Así, el mural de Lucas Ospina y Paola Gaviria es arte que con especial ahínco pretende dialogar con la ciudadanía común, a diferencia de las obras de arte que se exponen en galerías y en espacios privados, dirigidos en mayor medida a un público de élite. Esta manifestación artística y su relevancia para la libertad de expresión va más allá de que sea un muro propiedad del Centro Colombo Americano, pues su importancia no recae simplemente en dónde está pintado sino además a quién se dirige y las implicaciones que esto tiene para el ejercicio de la democracia.

Esa consideración se refuerza bajo el hecho de que la obra fue encargada en el marco del desarrollo de un evento público: el proyecto estatal de mayor trayectoria para el apoyo y fomento del arte contemporáneo en el país como lo es el Salón Nacional de Artistas. No se trataba entonces de una obra encargada por una galería privada para ser comercializada, el mural “Sin Título” fue una obra que detentaba especial relevancia en la oferta del Salón Nacional de Artistas toda vez que permitía a los organizadores del evento y al proyecto en sí mismo generar un diálogo callejero, público y democrático con la ciudadanía. Por ello, es ineludible la relación de la obra con el ejercicio de la ciudadanía en el marco de un evento cultural como éste de carácter público. A su vez, fue la Fundación Arteria como operador del evento y el equipo curatorial quienes seleccionaron y gestionaron lo necesario para que el muro exterior del Centro Colombo americano fuera el escenario para desarrollar la obra artística y a su vez para suscitar el diálogo democrático inherente a manifestaciones artísticas en la calle y en general a la dimensión colectiva del derecho a la libertad de expresión. Se insiste entonces en que ese acto de selección del espacio no se dió en el marco de una relación entre particulares sino que sucedió amparado por el Ministerio de Cultura e Idartes como gestores del proyecto del Salón Nacional de Artistas. Por ende, contar con esos espacios que favorecen el diálogo democrático y la apertura dialógica entre la obra y la sociedad hacen parte inherente de las pretensiones del Ministerio y de Idartes como gestores del proyecto. Como queda claro, esas pretensiones colectivas y democráticas se vieron truncadas por el ejercicio arbitrario del Centro Colombo Americano.

La dimensión colectiva de la libertad de expresión debe también analizarse a partir del ejercicio dialógico que supone la democracia. El arte es intersubjetivo porque supone un otro, un observador. De esta forma, las interacciones políticas callejeras deben aceptar y promover la pluralidad, pues el ejercicio político que supone este tipo de arte es también una experiencia comunitaria que se construye en un horizonte en el que existen otros. Además, este ejercicio supone una capacidad de ser y mostrarse diversos, como un ejercicio clave para construir democracia. El propio fundamento de la política es esta diversidad que no puede ser ejercida mediante simples acuerdos o amistades cívicas, sino mediante el diálogo. La renombrada filósofa Hannah Arendt se ha referido al ejercicio de la ciudadanía en su texto *La condición humana* y sostiene que es la pluralidad de hombres y mujeres actuando y dialogando lo que genera el propio espacio público. No se puede reducir la ciudad a un simple espacio que habitamos, es también el lugar donde se ejerce la diferencia que caracteriza a las comunidades políticas, porque es aquí donde se aparece y se crea en conjunto. Así, Arendt ha establecido que:

La polis propiamente hablando, no es la ciudad-estado en su situación física; es la organización de la gente tal como surge de actuar y hablar juntos, y su verdadero espacio se extiende entre las personas que viven juntas para este propósito, sin importar dónde estén (...) Se trata del espacio de aparición en el más amplio sentido de la palabra, es decir, el espacio donde yo aparezco ante otro como otros aparecen ante mí, donde los hombres no existen meramente como otras cosas vivas e inanimadas, sino que hacen su aparición de manera explícita³¹.

³¹ Arendt, H (1998). *La condición humana*. Paidós, Barcelona, pág. 221.

De esta forma, la censura del mural de Lucas Ospina y Paola Gaviria es una limitación a la libertad de expresión no sólo en su dimensión individual sino en su dimensión colectiva y supone además, una limitación seria al ejercicio de la democracia por tratarse de arte callejero que necesariamente tiene una aparición e importancia en el espacio público. En este caso, la libertad de expresión suponía una comunicación masiva entre las personas y esto es relevante porque “para el ciudadano común es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia”³². Las dinámicas y el ejercicio de derechos antes descritos se vieron truncadas de manera arbitraria y definitiva con el acto de censura y destrucción de la obra ejercido por parte del Centro Colombo Americano. La manera en que tramitaron su disenso respecto del contenido de la obra artística no solo debe ser valorado entonces como un acto de censura y por ende como una transgresión a la libertad de expresión en su dimensión individual y colectiva sino también debe ser considerado por el juez como una afrenta contra el ejercicio de la ciudadanía, como un ataque a la diversidad y como un acto de profundo desconocimiento y rechazo a los más hondos valores democráticos. Legitimar el acto de censura es legitimar de paso todo ello.

VIII. DELARACIÓN JURADA:

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que sobre los mismos hechos invocados en esta demanda no he interpuesto otra acción de tutela.

IX. PRETENSIONES:

1. Que **DECLARE** que el acto desarrollado por el Centro Colombo Americano sobre la obra mural “Sin Título” de la autoría de Lucas Ospina y Paola Gaviria constituyó un acto de censura y una vulneración a la libertad de expresión.
2. Que **DECLARE** que el procedimiento que se adelantó para abordar el manejo de la obra de los artistas Ospina y Gaviria o por parte de la Fundación Arteria, el Ministerio de Cultura y el Instituto Distrital de Artes (Idartes) constituyó una vulneración a su derecho a la libertad de expresión.
3. Que de conformidad con las pretensiones anteriores, se **ORDENE** al Centro Colombo Americano emitir (en un plazo no mayor a 3 días) una declaración pública, firmada por sus directivas, en que rectifique su posición, admita que se equivocó y que incluya un reconocimiento de responsabilidad por haber censurado y destruido la obra mural “Sin Título” y por haber vulnerado el derecho a la libertad de expresión del que es titular Lucas Ospina.
4. De conformidad con las primeras dos pretensiones, que se **ORDENE** a la Fundación Arteria emitir (en un plazo no mayor a 3 días) una declaración pública, firmada por sus directivas, en que reconozca que la acción desarrollada por el Centro Colombo Americano sobre la obra mural “Sin Título” constituyó un acto de censura y una vulneración a la libertad de expresión de Lucas Ospina. Que en esa misma declaración reconozca su responsabilidad por haber contribuido por omisión a la vulneración del derecho tutelado, ofrezca disculpas públicas por ello y por haber tolerado el acto de censura.
5. De conformidad con las primeras dos pretensiones, que se **ORDENE** al Ministerio de Cultura emitir (en un plazo no mayor a 3 días) una declaración pública, firmada por la Ministra, Sra. Carmen Inés Vásquez Camacho, en que reconozca que la acción desarrollada por el Centro Colombo Americano sobre la obra mural “Sin Título” constituyó un acto de censura y una vulneración a la libertad de expresión de Lucas Ospina. Que en esa misma

³² Corte IDH. *Caso “La última tentación de Cristo” Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 66.

declaración reconozca la responsabilidad del Ministerio de Cultura por haber contribuido por omisión a la vulneración del derecho tutelado, ofrezca disculpas públicas por ello, por haber tolerado el acto de censura y por haber omitido la protección del derecho que le corresponde como entidad del Estado.

6. De conformidad con las primeras dos pretensiones, que **ORDENE** al Instituto Distrital de Artes (Idartes) emitir (en un plazo no mayor a 3 días) una declaración pública, firmada por su directora, la Sra. Juliana Restrepo Tirado, en que reconozca que la acción desarrollada por el Centro Colombo Americano sobre la obra mural “Sin Título” constituyó un acto de censura y una vulneración a la libertad de expresión de Lucas Ospina y Paola Gaviria. Que en esa misma declaración reconozca la responsabilidad de Idartes por haber contribuido por omisión a la vulneración del derecho tutelado, ofrezca disculpas públicas por ello y por haber tolerado el acto de censura y por haber omitido la protección del derecho que le corresponde como autoridad pública.
7. Que **ORDENE** la publicación de la SENTENCIA en tres medios de comunicación de amplia circulación nacional. Un medio de radiodifusión, otro de prensa escrita y otro de televisión. La publicación de la sentencia por esas vías se debe dar el día siguiente a que la decisión judicial quede ejecutoriada.
8. Que **ORDENE** la publicación de cada una de las cuatro declaraciones individuales emitidas por cada uno de los accionados en tres medios de comunicación de amplia circulación nacional. Un medio de radiodifusión, otro de prensa escrita y otro de televisión. La publicación de las declaraciones se debe dar el día siguiente a la fecha en que sean emitidas por cada uno de los accionados.
9. Que **ORDENE** la realización de un acto público de desagravio a celebrarse en la ciudad de Bogotá dentro de las 24 horas siguientes a la publicación de las declaraciones individuales de los accionados y que cuente con la presencia de la Ministra de Cultura Sra. Carmen Inés Vásquez Camacho; la Directora de IDARTES Sra. Juliana Restrepo Tirado; la Directora del Centro Colombo Americano Sra. Janet Van Deren y la representante legal de la Fundación Arteria Sra. Nelly Peñaranda Rodríguez; y los artistas Lucas Ospina y Paola Gaviria. El propósito del evento es que los accionados ofrezcan un reconocimiento público de su responsabilidad por haber vulnerado el derecho tutelado, que ofrezcan disculpas personales a los artistas Lucas Ospina y Paola Gaviria y que expresen su compromiso en garantizar la protección del derecho a la libertad de expresión, el derecho de la ciudadanía a conocer contenidos artísticos y el deber democrático de fomentar esa conversación ciudadana en los espacios urbanos.

X. ANEXOS:

1. Poder de Lucas Ospina a Juliana Bustamante Reyes.
2. Contrato de Lucas Ospina con la Fundación Arteria.
3. Foto de las obras censuradas en el Instagram de Power Paola.
4. Hilo de correos entre Lucas Ospina y la Fundación Arteria.
5. Derecho de petición del equipo curatorial 45 Salón Nacional de Artistas al Ministerio de Cultura radicado el día 8 de octubre de 2019.
6. Respuesta al derecho de petición por parte del Ministerio de Cultura el día 15 de octubre de 2019.
7. Cubrimiento de prensa al acto de censura y destrucción de la obra mural “Sin Título” ocurrido el 23 de septiembre de 2019.
8. Certificado de existencia y representación legal del Centro Colombo Americano.

XI. NOTIFICACIONES:

Accionante:

- Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS), Consultorio Jurídico Universidad de Los Andes, Carrera 7 No 22 - 86. Teléfonos: (57-1) 3324446 – 3394949, paiis@uniandes.edu.co
- Lucas Ospina Villalba. Calle 18 # 1-98. Apartamento 402, Edificio La Pola, Bogotá. Teléfono: 3118125197. Correo: luospina@uniandes.edu.co

Accionados:

- Ministerio de Cultura. Carrera 8 No. 8 - 55 de Bogotá D.C., Colombia. //Teléfono: (571) 3424100 / Fax: (571) 3816353 ext. 1183 / Línea gratuita: 018000 938081 // notificaciones@mincultura.gov.co
- Instituto distrital de las Artes - Idartes. Cra 8 No. 15 - 46 Bogotá, Colombia // PBX: (+571) 379 5750 // notificacionesjudiciales@idartes.gov.co
- Fundación Arteria. Calle 29 # 6-94, Oficina 601, Bogotá, Colombia. // Tels +57 1 7038134, 4673921, Cel.3176386108 // info@fundacionarteria.org ; nelly.penaranda@fundacionarteria.org
- Centro Colombo Americano. Calle 19 No. 2A - 49// Tel: 3347640 // mvelez@colombobogota.edu.co